

Sygn. akt: KIO 1571/23

WYROK
z dnia 16 czerwca 2023 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Danuta Dziubińska

Protokolant: Piotr Ceglowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 16 czerwca 2023 roku odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 1 czerwca 2023 r. przez wykonawcę **GREEN CLASS Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością**, ul. Wiktorii Kaweckiej 4, 03-029 Warszawa

w postępowaniu prowadzonym przez **Zakład Unieszkodliwiania Odpadów Komunalnych Spytkowo Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością**, Spytkowo 69, 11-500 Giżycko

przy udziale wykonawcy **SSI SCHÄFER Plastics Poland Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością**, ul. Łącząca 1, 41-103 Siemianowice Śląskie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie;

2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego, i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania;

2.2. zasądza od odwołującego: **GREEN CLASS Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością**, ul. Wiktorii Kaweckiej 4, 03-029 Warszawa na rzecz zamawiającego: **Zakład Unieszkodliwiania Odpadów Komunalnych Spytkowo Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością**, Spytkowo 69, 11-500 Giżycko kwotę 4 627 zł 47 gr (słownie: cztery tysiące sześćset dwadzieścia siedem złotych czterdzieści siedem groszy), w tym kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika strony oraz kwotę 1 027 zł 47 gr (słownie: tysiąc dwadzieścia siedem złotych czterdzieści siedem groszy) tytułem kosztów dojazdu na posiedzenie i rozprawę.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.) na niniejszy wyrok -

w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Warszawie**.

Przewodniczący:

Sygn. akt: KIO 1571/23

Uzasadnienie

Zakład Unieszkodliwiania Odpadów Komunalnych Spytkowo sp. z o.o. (dalej: „Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (dalej: „ustawa Pzp”), postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: *Dostawa fabrycznie nowych pojemników na odpady komunalne*, numer referencyjny: 2730/2023. Postępowanie zostało podzielone na części. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 13 lutego 2023 r. pod numerem 2023/S 031-090617.

22 maja 2023 roku Zamawiający poinformował o wyborze w części II postępowania najkorzystniejszej oferty, złożonej przez wykonawcę SSI SCHÄFER Plastics Poland sp. z o.o. (dalej: „Wykonawca”).

Wykonawca GREEN CLASS sp. z o.o. (dalej: „Odwołujący”) wniósł odwołanie wobec tej czynności, w którym zarzucił Zamawiającemu naruszenie w części II postępowania:

1)art. 239 ust. 1 oraz art. 226 ust. 1 pkt. 2b) Pzp poprzez błędną ocenę oferty Wykonawcy, skutkującą wyborem tej oferty jako najkorzystniejszej oraz zaniechaniem jej odrzucenia, pomimo iż Wykonawca nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu opisanych przez Zamawiającego w punkcie 12 a) Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej: „SWZ”) dotyczących zdolności technicznej i zawodowej w ramach której Zamawiający wymagał od Wykonawcy wykazania co najmniej jednej dostawy pojemników na odpady w ilości minimum 1000 sztuk, w sytuacji gdy:

a)w wykazie dostaw sporządzonym dla SSI SCHAFER PLASTICS POLAND sp. z o.o. wskazał wyłącznie jale pojemniki stanowiły przedmiot dostawy, bez określania ich ilości, a zatem nie wykazał, aby należycie wykonał dostawę co najmniej 1000 sztuk pojemników;

b)na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu przedłożył referencje MP GK sp. z o.o. z treści których nie wynika jaka ilość sztuk została dostarczona w ramach zamówienia a referencje zostały podpisane niezgodnie z zasadą reprezentowania określoną w KRS;

c)na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu przedłożył referencje wystawione przez Remondis sp. z o.o. z których wynika, iż dostawa pojemników nastąpiła na rzecz „Grupy Remondis”, a nie na rzecz podmiotu wskazanego w wykazie dostaw – „Remondis sp. z o.o.”, ponadto z treści referencji nie wynika aby dostawy realizowane były w ramach jednego zamówienia i obejmowały co najmniej jedną dostawę 1000 sztuk pojemników, realizowanego na rzecz jednego podmiotu, zaś sformułowanie „Grupa Remondis” wskazuje iż prawdopodobnie dostawy były wykonywane na rzecz różnych podmiotów;

d)w wykazie dostaw sporządzonym dla podmiotu udostępniającego zasoby (referencje) – SSI SCHAFER sp. z o.o. wskazano, iż podmiot ten wykonał dostawę pojemników 240L w ilości 6000 sztuk w marcu 2021 na rzecz podmiotu ZWiUK Ekowood sp. z o.o., lecz Wykonawca nie wykazał, aby dostawy te zostały wykonane należycie, albowiem:

-z treści ww. referencji nie wynika jaka ilość sztuk została zrealizowana w ramach ww. zamówienia;

-z treści referencji (dostawa pojemników typu GMT 240 L w marcu 2021) wynika iż prawdopodobnie dotyczą one postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego przez Zakład Wodociągów i Usług Komunalnych „EKOWOD” sp. z o.o. w Namysłowie pod numerem ZZZP.XXX/PZP/PN/D/2020.MA realizowanego przez Wykonawcę SG Equipment Leasing Polska sp. z o.o., który nie przewidywał realizacji zamówienia podwykonawcom (ogłoszenie z dnia - - 17.02.2021 r. o udzieleniu zamówienia wraz z informacją z otwarcia ofert z dnia 21.12.2020 r. w załączeniu), a zatem podmiot na którego zasoby powołuje się Wykonawca nie realizował przedmiotowego zamówienia;

- referencje datowane na dzień 18.06.2021 r. wystawione przez podmiot oznaczony mianem Zakładu Wodociągów i Usług Komunalnych „EKOWOD” sp. z o.o. zostały podpisane przez osobę nieuprawnioną do reprezentowania tego podmiotu zgodnie z aktualnym odpisem KRS podmiotu (z załączeniu),

zaś w konsekwencji powyższego Wykonawca nie wykazał, aby spełnił warunek udziału w postępowaniu w postaci należytego zrealizowania jednorazowej dostawy co najmniej 1000 sztuk pojemników, co winno skutkować odrzuceniem jego oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2b) ustawy Pzp.;

2)art. 118 ust. 4 w zw. z art. 128 ust. 1 i art. 122 Pzp poprzez ich niezastosowanie przejawiające się zaniechaniem wezwania Wykonawcy do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych bądź do przedstawienia zobowiązania innego lub innych podmiotów udostępniających zasoby niezbędne do wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu lub wykazania iż Wykonawca samodzielnie spełnia warunki udziału w postępowaniu, w sytuacji gdy zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby nie pozwala na jednoznaczne ustalenie, że określony zasób podmiotu trzeciego – wiedza i doświadczenie podmiotu SSI SCHÄFER sp. z o.o. zostanie realnie udostępniony, albowiem Wykonawca nie zapewnił udziału tego podmiotu w realizacji zamówienia ani w żaden inny sposób nie zapewnił rzeczywistego udostępnienia zasobów tego podmiotu;

3)art. 128 ust. 1 w zw. z art. 108 ust. 1 pkt 2) Pzp poprzez zaniechania wezwania Wykonawcy do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych w odniesieniu do podmiotu udostępniającego zasoby – SSI SCHÄFER sp. z o.o. w zakresie art. 108 ust. 1 pkt. 2) Pzp – obejmujących członków zarządu tego podmiotu, w sytuacji, w której Wykonawca pomimo wezwania do złożenia podmiotowych środków dowodowych w zakresie podmiotu udostępniającego zasoby złożył wyłącznie dokumentację w zakresie informacji o podmiocie zbiorowym oraz zaświadczenie o niekaralności prokurenta, bez uwzględnienia członków zarządu tego podmiotu, zaś w konsekwencji Zamawiający przedwcześnie uznał iż Wykonawca nie podlega wykluczeniu.

Wskazując na powyższe zarzuty Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie

Zamawiającemu dokonania w części II postępowania:

- 1) unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty;
- 2) powtórzenia czynności badania i oceny oferty złożonej przez wykonawcę SSI SCHÄFER Plastics Poland sp. z o.o.;
- 3) odrzucenie oferty SSI SCHÄFER Plastics Poland sp. z o.o.;
- 4) dokonanie przez Zamawiającego wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Ponadto Odwołujący wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentów:

- 1) aktualnego wydruku z KRS podmiotu udostępniającego zasoby - SSI SCHÄFER sp. z o.o. – na okoliczność wykazania aktualnych członków zarządu tego podmiotu,
- 2) zobowiązania podmiotu udostępniającego zasoby,
- 3) oświadczenie z dnia 15.03.2023 r. – Załącznik nr 3 do SWZ

a okoliczność wykazania, iż Wykonawca nie udowodnił, iż będzie realnie dysponował zasobami podmiotu trzeciego w zakresie wskazanym w treści oświadczenia z 15.03.2023 r.

wydruku pełnego KRS Zakładu Wodociągów Usług Komunalnych „EKOWOD” sp. z o.o.

a okoliczność wykazania osób uprawnionych do reprezentacji ww. podmiotu w dacie podpisania załączonych referencji;

wydruku aktualnego KRS MPGK Sp. z o.o.

a okoliczność wykazania sposobu dwuosobowej reprezentacji ww. podmiotu w dacie podpisania załączonych referencji;

informacji z otwarcia ofert z dnia 21.12.2020 r. EKOWOD sp. z o.o.,

ogłoszenia o udzieleniu zamówienia z dnia 17.02.2021 r. (ogłoszenie nr 510416789-N-2021)

Wykazu dostaw dla podmiotu SSI SCHAFER sp. z o.o.

Wykazu dostaw dla podmiotu SSI SCHAFER Plastics Poland sp. z o.o.

) Referencji ZWiUK Ekowod sp. z o.o.

) Referencji Remondis sp. z o.o.

) Referencji MPGK sp. z o.o.

a okoliczność wykazania, iż Wykonawca nie realizował zamówienia, na które powołuje się w referencjach wystawionych przez ZWiUK EKOWOD sp. z o. o, a także celem wykazania, iż Wykonawca nie wykazał, aby należycie zrealizował co najmniej jedną dostawę 1000 sztuk pojemników.

W uzasadnieniu Odwołujący wskazał, że Zamawiający określił w punkcie 12 SWZ dotyczącym warunków udziału w postępowaniu, iż o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy nie podlegają wykluczeniu na zasadach określonych w pkt. 11 SWZ oraz spełniają następujące warunki udziału w postępowaniu: a) Dotyczące zdolności technicznej lub zawodowej (...) Część II: „Zamawiający uzna powyższy warunek za spełniony względem Wykonawcy, który wykaże, że w okresie ostatnich 3 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonał co najmniej jedną dostawę pojemników na odpady w ilości min. 1.000 sztuk”. W punkcie 14 SWZ przewidział, iż: „w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu wezwie wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona do złożenia w wyznaczonym terminie nie krótszym niż 10 dni następujących podmiotowych środków dowodowych aktualnych na dzień ich złożenia: 1) Wykaz dostaw wykonanych w okresie ostatnich 3 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których dostawy zostały wykonane lub są wykonywane, oraz załączeniem dowodów określających, czy te dostawy zostały wykonane lub są wykonywane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego dostawy zostały wykonane lub są wykonywane, a jeżeli wykonawca z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów – oświadczenie wykonawcy. W przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych nadal wykonywanych referencje bądź inne dokumenty potwierdzające ich należyte wykonywanie powinny być wystawione w okresie ostatnich 3 miesięcy.” W punkcie 13 SWZ Zamawiający wskazał, iż: „W przypadku polegania przez wykonawcę w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu na zdolnościach technicznych lub zawodowych podmiotów udostępniających zasoby, wykonawca składa wraz z ofertą zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji danego zamówienia lub inny podmiotowy środek dowodowy potwierdzający, że wykonawca realizując zamówienie, będzie dysponował niezbędnymi zasobami tych podmiotów.

Wykonawca, w przypadku polegania na zdolnościach technicznych lub zawodowych podmiotów udostępniających zasoby przedstawia wraz z własnym oświadczeniem o niepodleganiu wykluczeniu i spełnianiu warunków udziału w postępowaniu (JEDZ oraz załącznik nr 3 SWZ) także oświadczenie podmiotu udostępniającego zasoby potwierdzające brak podstaw wykluczenia tego podmiotu oraz odpowiednio spełnianie warunków udziału w postępowaniu w zakresie w jakim wykonawca powołuje się na jego zasoby – JEDZ oraz załącznik nr 4 SWZ”.

Następnie Odwołujący podał, że 28 kwietnia 2023 r. Zamawiający wezwał Wykonawcę SSI Schafer Plastics Poland sp. z o.o. do złożenia dokumentów:

- 1) zobowiązania podmiotu udostępniającego zasoby do oddania Wykonawcy do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia lub innego podmiotowego środka dowodowego potwierdzającego, że Wykonawca realizując zamówienie będzie dysponował niezbędnymi zasobami tych podmiotów;
- 2) informacji z Krajowego Rejestru Karnego potwierdzających brak podstaw do wykluczenia Wykonawcy oraz podmiotu udostępniającego zasoby – w zakresie art. 108 ust. 1 pkt. 1) i 2) ustawy Pzp oraz art. 108 ust. 1 pkt. 4) ustawy Pzp.

W uzasadnieniu wezwania Zamawiający wskazał, iż Wykonawca nie złożył wraz z ofertą wbrew wymaganiom określonym w pkt. 13 SWZ oraz art. 118 ustawy Pzp zobowiązania podmiotu udostępniającego zasoby do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia lub innego podmiotowego środka dowodowego potwierdzającego, że Wykonawca będzie tymi zasobami dysponować. Dodatkowo wskazano, iż zobowiązanie ma potwierdzać, że stosunek łączący Wykonawcę z podmiotem udostępniającym zasoby gwarantuje rzeczywisty dostęp do tych zasobów. Zgodnie z art. 118 ustawy Pzp zobowiązanie określa w szczególności:

- 1) zakres dostępnych wykonawcy zasobów podmiotu udostępniającego zasoby
- 2) sposób i okres udostępnienia wykonawcy i wykorzystania przez niego zasobów podmiotu udostępniającego te zasoby przy wykonywaniu zamówienia.

W odpowiedzi na wezwanie Wykonawca przedłożył informację z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym przez art. 108 ust. 1 pkt. 1 i 2 ustawy Pzp oraz art. 108 ust. 1 pkt. 4 – w odniesieniu do Wykonawcy (SSI SCHAFFER PLASTICS POLAND SP. Z O.O.), zaś w odniesieniu do podmiotu udostępniającego zasoby (SSI SCHAFFER SP. Z O.O.) wyłącznie w zakresie art. 108 ust. 1 pkt. 4) (informacja o podmiocie zbiorowym) oraz w ograniczonym zakresie co do art. 108 ust. 1 pkt. 2) – wyłącznie wobec prokurenta Spółki. Wykonawca nie złożył dokumentów z Krajowego Rejestru Karnego w odniesieniu do członków zarządu podmiotu udostępniającego zasoby – SSI SCHAFFER sp. z o.o. – Michał Kaźmierczak (Prezesa Zarządu) oraz Josepha Francesca Escalante Esteve (Członka Zarządu). Pomimo iż Wykonawca złożył dokumentację niekompletną, Zamawiający nie wezwał Wykonawcy do jej uzupełnienia na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp. Zamawiający nie dostrzegając podstaw do odrzucenia oferty Wykonawcy zobowiązany był do wezwania go do uzupełnienia braków w zakresie podmiotowych środków dowodowych na potwierdzenie braku przesłanek do wykluczenia podmiotu udostępniającego zasoby Wykonawcy, czego nie uczynił. Zamiast tego przedwcześnie uznał, iż Wykonawca oraz podmiot udostępniający zasoby Wykonawcy nie podlegają wykluczeniu. Niezależnie od powyższego Zamawiający nieprawidłowo uznał, iż składając zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby - SSI SCHAFFER sp. z o.o. Wykonawca SSI SCHAFFER PLASTICS POLAND sp. z o.o. potwierdza, że stosunek łączący Wykonawcę z podmiotem udostępniającym zasoby gwarantuje rzeczywisty dostęp do tych zasobów. W treści zobowiązania SSI SCHAFFER sp. z o.o. określił, iż zakresem udostępnienia zasobów objęte są: „*wykaz dostaw – referencje ZWIUK Ekowod sp. z o.p*” Jako sposób i okres udostępnienia zasobów wskazano natomiast: „*wiedza i doświadczenie – referencje, okres udostępnienia na czas nieokreślony*”. W zobowiązaniu wskazano również, iż: „*podmiot nie bierze udziału w realizacji zamówienia*”.

Odwołujący podniósł, że art. 118 ustęp 2 ustawy Pzp nie wymaga, aby Wykonawca, który realizuje zamówienie na dostawę wykonywał zamówienie, do realizacji którego zdolności tego podmiotu są wymagane. Nie zwalnia to jednak Wykonawcy z obowiązku zapewnienia rzeczywistego dostępu do tych zasobów. Dyspozycja art. 118 ust. 4 ustawy Pzp wymaga, aby wykonawca powołujący się na zasoby innego podmiotu udowodnił, że stosunek łączący wykonawcę z tym podmiotem gwarantuje rzeczywisty dostęp do tych zasobów. Dysponowanie zasobami innego podmiotu musi wynikać z przedstawionych dowodów w sposób jednoznaczny i nie może być przedmiotem dedukcji czy domniemania. Na podstawie dokumentów przedstawionych w celu potwierdzenia rzeczywistego dostępu do zasobów innego podmiotu zamawiający musi mieć możliwość jednoznacznego ustalenia, że określony zasób podmiotu trzeciego zostanie realnie udostępniony. W tym przypadku podmiot udostępniający udostępnił Wykonawcy wyłącznie dokument w postaci referencji załączonych do oferty. W żadnej mierze nie zostało wykazane, aby Wykonawcę i podmiot udostępniający zasoby łączył jakkolwiek stosunek umożliwiający ich realne wykorzystanie. W ocenie Odwołującego udostępnienie referencji ma charakter czysto fikcyjny i nie powoduje, iż Wykonawca będzie dysponował wiedzą i doświadczeniem podmiotu

udostępniającego zasoby. Podmiot ten nie został zaangażowany w realizację zamówienia, lecz również w żaden inny sposób nie zagwarantowano, aby jego wiedza i doświadczenie zostały realnie wykorzystane w ramach przedmiotowego postępowania. W szczególności nie wykazano, aby podmiot ten oddał do dyspozycji Wykonawcy osoby realizujące dostawy na których należyte wykonanie powołuje się Wykonawca wykazując spełnienie warunków udziału w postępowaniu, czy też na przykład wykorzystując ich doświadczenie przy nadzorowaniu realizacji przedmiotu zamówienia. Dodatkowo wyżej wymienione zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby zdaje się być sprzeczne z oświadczeniem złożonym przez Wykonawcę wraz z ofertą (wypełniony Załącznik nr 3 do SWZ). W powołanym oświadczeniu Wykonawca wskazał, iż podmiot udostępniający zasoby zapewni: „*Stale doradztwo techniczne i organizacyjne przez cały okres realizacji zamówienia, bieżące wsparcie wszystkich procesów realizacji zamówienia zgodnie ze standardami grupy SSI Schafer.*” Ze złożonego przez podmiot trzeci – SSI SCHAFFER sp. z o.o. zobowiązania do udostępnienia zasobów nie wynika, iż podmiot ten zapewni „*stale doradztwo techniczne i organizacyjne przez cały okres realizacji zamówienia*” czy też „*bieżące wsparcie wszystkich procesów realizacji zamówienia*”. Z treści zobowiązania wynika wyłącznie udostępnienie referencji podmiotu ZWIUK Ekowod sp. z o.o. Podmiot nie zapewnił żadnego udziału w realizacji zamówienia zarówno osobistego (jako podwykonawca), jak w ramach wsparcia doradczego (stałego doradztwa technicznego i organizacyjnego). W zaistniałej sytuacji wątpliwości budzi na jakiej podstawie i w oparciu o jakie przesłanki Zamawiający uznał, iż Wykonawca uczynił zadość wezwaniu z dnia 28 kwietnia 2023 r. i udowodnił, że stosunek łączący wykonawcę z tym podmiotem gwarantuje rzeczywisty dostęp do zasobów na które powołuje się w oświadczeniu z dnia 15 marca 2023 r. W ocenie Odwołującego – Zamawiający winien był przez pryzmat przepisu art. 119 ustawy Pzp ocenić, czy udostępniane wykonawcy przez podmioty udostępniające zasoby zdolności techniczne lub zawodowe lub ich sytuacja finansowa lub ekonomiczna, pozwalają na wykazanie przez wykonawcę spełniania warunków udziału w postępowaniu. W ocenie Odwołującego samo zagwarantowanie możliwości skorzystania z referencji podmiotu udostępniającego zasoby nie świadczy o rzeczywistym dostępie do tych zasobów, a zatem uniemożliwia uznanie, iż Wykonawca wykazał spełnienie warunków udziału w postępowaniu w zakresie w jakim powołuje się na zasoby podmiotu trzeciego (wiedza i doświadczenie). W kontekście powyższego Zamawiający winien był wezwać Wykonawcę do złożenia wyjaśnień w tym zakresie i ewentualnego uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych, czego nie uczynił. Na chwilę obecną Wykonawca nie wykazał, aby dysponował zasobami podmiotu udostępniającego zasoby w zakresie wskazanym w treści Oświadczenia z 15.03.2023 r.

Następnie Odwołujący wskazał, że Wykonawca nie wykazał, aby osobiście bądź podmiot, na którego zasoby się powołuje (SSI Schafer sp. z o.o.) spełnił warunki udziału w postępowaniu dotyczące wykonania co najmniej jednej dostawy pojemników na odpady w ilości min. 1.000 sztuk. W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego do złożenia podmiotowych środków dowodowych Wykonawca przedłożył wykaz dwa dokumenty:

1) Wykaz dostaw zrealizowanych przez SSI Schafer (podmiot udostępniający zasoby) zawierający oświadczenie w przedmiocie wykonania następujących dostaw:

2) Wykaz dostaw zrealizowanych przez SSI Schafer Plastics Poland sp. z o.o.:

Równocześnie Wykonawca załączył dowody z postaci referencji wystawione przez podmioty:

1) Remondis sp. z o.o.

2) Zakład Wodociągów i Usług Komunalnych „EKOWOD” sp. z o.o.

3) MPKG sp. z o.o.

W ocenie Odwołującego wyżej wymienione dokumenty nie pozwalają na uznanie, aby Wykonawca wykazał, iż należycie wykonał co najmniej jedną dostawę pojemników w ilości 1000 sztuk.

Odnosząc się do doświadczenia w zakresie dostawy 6000 sztuk pojemników o pojemności 240 litrów na rzecz podmiotu ZWIUK Ekowod sp. z o.o. w marcu 2021 Odwołujący wskazał, że z treści referencji nie wynika jaka ilość sztuk została zrealizowana w ramach jednej dostawy. Wykonawca nie przedstawił żadnego innego dowodu, z którego wynikałoby jakiej ilości dostawy były realizowane w ramach tego zamówienia (w szczególności umowy, na podstawie której dostawy były realizowane), zaś z samych referencji wynika wyłącznie łączna wartość zamówienia – 726.930,00 zł. W szczególności z powołanego dokumentu nie wynika, ile dostaw zostało zrealizowanych w ramach tego zamówienia, jak również, ile sztuk pojemników o pojemności 240 litrów dostarczono. Już tylko na marginesie wskazuję, iż referencje zostały opatrzone podpisem przez osobę niewidniejącą w KRS podmiotu wystawiającego referencje jako osoba uprawniona do jego reprezentowania. Uważna lektura wyżej powołanych referencji prowadzi do wniosku, iż dotyczą one postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na dostawy 6000 sztuk pojemników 240 L opublikowanego w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 17 lutego 2021 r. (ogłoszenie nr 510416789-N-2021 z dnia 17.02.2021 r.). W przedmiotowym ogłoszeniu wskazano, iż zamówienie zostanie zrealizowane przez wykonawcę SG Equipment Leasing

Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie. Podmiot ten wskazał, iż zrealizuje zamówienie samodzielnie, bez udziału podwykonawców. Wykonawca ani podmiot udostępniający zasoby nie składali oferty w ramach ww. postępowania. Odwołujący nie ma zatem wiedzy na jakiej podstawie powołują się oni na referencje uzyskane od zamawiającego ZWiUK EKOWOD sp. z o.o., skoro w istocie nie realizowali oni tego zamówienia. Powyższe prowadzi do wniosku, że istnieją poważne wątpliwości czy Wykonawca przedkładając referencje podmiotu ZWiUK EKOWOD sp. z o.o. wykazał spełnienie warunków udziału w postępowaniu. Ponadto istnieje możliwość, iż Wykonawca wprowadził Zamawiającego w błąd w zakresie wskazania, iż spełnia on warunki udziału w postępowaniu. Zasadniczo w przypadku uznania, iż ww. referencje nie są wystarczające do wykazania, iż Wykonawca (a w zasadzie podmiot, na którego zasoby Wykonawca się powołuje) wykonał należycie co najmniej jedną dostawę pojemników w ilości 1000 sztuk Zamawiający winien był wezwać Wykonawcę do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych na zasadzie art. 128 ustawy Pzp. W ocenie Odwołującego – w tym przypadku wzywanie do wyjaśnień bądź uzupełnienia środków podmiotowych środków dowodowych jest niecelowe, albowiem Zamawiający może we własnym zakresie zidentyfikować postępowanie, którego dotyczą złożone referencje i stwierdzić, iż Wykonawca ani podmiot, na którego zasoby się powołuje nie uczestniczyli w realizacji zamówienia, co wynika bezpośrednio z dokumentów tego zamówienia. Przepis art. 128 ustawy Pzp w sposób kompleksowy reguluje zasady uzupełniania dokumentów, w tym wskazuje w jakich sytuacjach takie uzupełnienie nie może mieć miejsca (art. 128 ust. 3 ustawy Pzp). Przepis w sposób jednoznaczny nakłada obowiązek wezwania do uzupełnienia dokumentów z wyłączeniem przypadków wskazanych w ust. 1 pkt 1 i 2. W ocenie Odwołującego w tym przypadku oferta Wykonawcy winna zostać odrzucona, albowiem nie jest on w stanie wykazać, aby faktycznie zrealizował zamówienie, na które powołuje się w wykazie dostaw.

W odniesieniu do pozostałych dostaw Odwołujący wskazał, że Wykonawca w wykazie dostaw nie wskazał jakie ilości pojemników 240 L zostały dostarczone na rzecz podmiotów Remondis sp. z o.o. oraz MPGK sp. z o.o., ograniczając się wyłącznie do wskazania wartości tych dostaw. Dostawy dotyczą różnych pojemników (120 L i 240 L), nie wiadomo jaką ilość pojemników 240 L dostarczono w ramach tych zamówień i czy jednorazowo zrealizowano dostawę przynajmniej 1000 sztuk pojemników. Nie wynika to również z referencji wystawionych przez podmiot MPGK sp. z o.o. w Katowicach. Referencje wystawione przez MPGK sp. z o.o. w Katowicach podpisane zostały niezgodnie ze sposobem reprezentacji określonym w KRS.

Z kolei w referencjach wystawionych przez podmiot Remondis sp. z o.o. wskazano wprawdzie ilość pojemników (2.850 sztuk), niemniej jednak nie określono, iż dostawa nastąpiła jednorazowo, a nadto na rzecz podmiotu wskazanego w wykazie dostaw (Remondis sp. z o.o.). Wystawca referencji wskazał bowiem ogólnikowo, iż dostawy zrealizowano na rzecz „Grupy Remondis”, a zatem prawdopodobnie były one realizowane na rzecz różnych spółek z grupy kapitałowej podmiotu Remondis sp. z o.o. W związku z tym w ocenie Odwołującego te referencje nie potwierdzają wykonania co najmniej jednej dostawy 1000 sztuk pojemników 240 L na rzecz podmiotu wskazanego w wykazie (Remondis sp. z o.o.).

Powyższe zdaniem Odwołującego uzasadnia stwierdzenie, iż Wykonawca nie wykazał, iż spełnia ww. warunku udziału w postępowaniu. Z uwagi na powyższe zasadnym jest unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, a następnie przystąpienie do ponownego badania i oceny ofert, zaś w konsekwencji tego badania odrzucenie oferty Wykonawcy. W ocenie Odwołującego w zakresie uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych wezwanie do ich przedłożenia jest niecelowe z uwagi na fakt, iż analiza dotychczas złożonej przez Wykonawcę dokumentacji prowadzi do wniosku, iż oferta Wykonawcy winna zostać odrzucona. Z daleko idącej ostrożności (na zasadzie wniosku ewentualnego) Odwołujący wskazuje, iż Wykonawca powinien zostać wezwany do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych – w zakresie przesłanek wykluczenia, dysponowania zasobami podmiotu trzeciego oraz spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Następnie – jeżeli podmiotowe środki dowodowe nie potwierdzą spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz niepodleganiu wykluczeniu – Zamawiający powinien odrzucić ofertę Wykonawcy.

Odwołujący załączył: aktualny wydruk z KRS podmiotu udostępniającego zasoby – SSI Schafer sp. z o.o., zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby, oświadczenie z 15.03.2023 r. – Załącznik nr 3 do SWZ, wydruk pełny z KRS Zakładu Wodociągów Usług Komunalnych „EKOWOD” sp. z o.o., wydruk aktualny z KRS MPGK Sp. z o.o., informację o otwarciu ofert z 21.12.2020 r. EKOWOD sp. z o.o., ogłoszenie o udzieleniu zamówienia z dnia 17.02.2021 r. (ogłoszenie nr 510416789-N-2021), Wykaz dostaw dla podmiotu SSI SCHAFFER sp. z o.o., Wykaz dostaw dla podmiotu SS SCHAFFER Plastics Poland sp. z o.o., Referencje ZWiUK Ekowod sp. z o.o., Referencje Remondis sp. z o.o. 17 Referencje MPGK sp. z o.o.

W pisemnej odpowiedzi na odwołanie Zamawiający wniósł o jego oddalenie.

W uzasadnieniu swojego stanowiska odnośnie do zarzutów odwołania dotyczących niespełnienia warunków udziału w postępowaniu przez SSI SCHÄFER Plastics Poland Sp. z o.o. (dalej: Przystępujący) co do niewykazania wykonania co najmniej jednej dostawy pojemników na odpady w ilości minimum 1.000 szt. Zamawiający wskazał:

„1.W zakresie twierdzeń odwołania dotyczących wskazywanego przez Przystępującego doświadczenia dot. dostawy zrealizowanej na rzecz Remondis:

- a)Nie jest prawidłowe stanowisko Odwołującego, że informacje przedstawione w Postępowaniu przez Przystępującego w tym zakresie nie potwierdzają wymaganej minimalnej liczby dostarczonych pojemników - Wykaz dostaw (sporządzony wedle Załącznika nr 7 do SWZ), należy bowiem odczytywać łącznie z przedłożonymi wraz z nim referencjami. Z referencji Remondis wynika natomiast, że Przystępujący dostarczył w ramach opisywanego tamże zadania odpowiednio 4.200 szt. i 2.850 szt. pojemników poszczególnych rodzajów.
- b)Podkreślić nadto należy, że w przedmiotowym Postępowaniu Zamawiający, określając warunki udziału w Postępowaniu, nie wymagał, aby dostawa, którą wykazać miał się dany wykonawca, była wykonana wyłącznie dla jednego podmiotu (jednej osoby prawnej) oraz by Zamawiający nie dopuszczał powołania się przez wykonawcę na dostawę zrealizowaną na rzecz np. grupy podmiotów (np. grupy kapitałowej), jeśli wypełnia ona założenia opisane warunkiem – ograniczenie takie należałoby zresztą uznać za nieproporcjonalne i nadmiarowe. Zamawiający nie zawęzał również wymogów do tego, czy towar objęty danym zadaniem (umową dot. dostawy) zostanie dostarczony w ramach jednego, czy wielu transportów. Wykonawcy na etapie prowadzonego Postępowania nie zadawali pytań w tym zakresie, ani nie kwestionowali sposobu określenia przez Zamawiającego warunków udziału. Zamawiający określając warunki udziału w Postępowaniu pragnął natomiast ustalić, czy potencjalni wykonawcy są w stanie zrealizować tak duże zamówienie jak niniejsze i czy posiadają stosowne doświadczenie.
- c)W świetle powyższego, Zamawiający zweryfikował pozytywnie ww. doświadczenie Przystępującego jako potwierdzające spełnienie przez niego warunku udziału w Postępowaniu. Brak tym samym było zatem podstaw dla przyjęcia, jakoby Przystępujący nie spełniał takich warunków, bądź by zachodziły podstawy dla konieczności wezwania Przystępującego do wyjaśnień czy uzupełnień w przedmiotowym zakresie. Zaznaczyć należy, że stosownie do przepisu art. 128 Pzp, Zamawiający uprawniony jest do żądania od wykonawcy do uzupełnień bądź wyjaśnień w zakresie podmiotowych środków dowodowych jedynie w sytuacji, gdy złożone przez wykonawcę dokumenty budzą wątpliwości i są niewystarczające dla stwierdzenia, czy wykonawca spełnia warunki udziału w Postępowaniu lub nie podlega wykluczeniu.
- d)Zauważyć należy również dodatkowo, że analogiczna sytuacja miała miejsce również w odniesieniu do samego Odwołującego w zakresie części I i III Postępowania (w których oferta Odwołującego została oceniona przez Zamawiającego jako oferta najkorzystniejsza). Odwołujący na potwierdzenie posiadania referencyjnego doświadczenia posłużył się bowiem referencjami wystawionymi przez miasto Jasło, które również wskazywały na wykonywanie przez Odwołującego „dostaw”. Uwzględniając ww. okoliczności i treść warunku postawionego przez Zamawiającego, Zamawiający również w przypadku Odwołującego pozytywnie zweryfikował zatem takie właśnie doświadczenie i referencje przedstawione przez Odwołującego. Zgodnie z zasadą równego traktowania wykonawców uznał warunek zarówno w jednym jak i w drugim przypadku za spełniony. (Dowód: referencje Miasta Jasło z dnia 03.01.2023 r. (w aktach postępowania)

2.W zakresie twierdzeń odwołania dotyczących wskazywanego przez Przystępującego doświadczenia dot. dostawy zrealizowanej na rzecz MPGK Katowice:

- a)Nie jest prawidłowe stanowisko Odwołującego o wadliwość referencji z powodu ich podpisania niezgodnie z reprezentacją – są to bowiem tzw. oświadczenia wiedzy i tym samym nie muszą być podpisane przez osobę uprawnioną do reprezentowania wystawcy referencji, a referencje takie może podpisać np. pracownik podmiotu, na rzecz którego dane zamówienie zostało wykonane (tak np. wyrok KIO z dnia 05.03.2021 r., KIO 391/21, KIO 410/21; wyrok KIO z dnia 27.11.2020 r., KIO 2844/20, KIO 2846/20) – odwołanie nie kwestionuje, że osoba, która podpisała referencje, jest członkiem zarządu MPGK, a nadto nie wykazało, aby osoba ta nie miała prawa/wiedzy dostatecznej do tego, by podpisać oświadczenie wiedzy o realizacji dostaw przez Przystępującego.
- b)Jak wynika z treści Wykazu dostaw oraz referencji wystawionych przez MPGK Katowice, Przystępujący zrealizował na rzecz MPGK Katowice dostawę pojemników o wartości 589.428,30 zł brutto. Ta informacja jest dla Zamawiającego wystarczająca dla potwierdzenia, że zadanie to odpowiadało wymogom opisanym warunkiem udziału w Postępowaniu, bowiem Zamawiający (jak i każdy uczestnik rynku branżowego) ma wiedzę na temat ceny rynkowej takich pojemników i biorąc to pod uwagę jest w stanie ustalić, że w ramach tej dostawy Przystępujący dostarczył co najmniej 1.000 szt. pojemników. Zatem Przystępujący również w tym zakresie spełniał warunek udziału w Postępowaniu, a wobec tego (w tym również mając na uwadze wykazanie przez Przystępującego spełniania warunków udziału za pomocą dostawy zrealizowanej na rzecz Remondis) Zamawiający nie był zobowiązany ani upoważniony dla przyjęcia, jakoby oferta Przystępującego podlegała odrzuceniu bądź by zachodziły podstawy dla

wezwania Przystępującego do uzupełnień/wyjaśnień w przedmiotowym zakresie.

3.W zakresie twierdzeń odwołania dotyczących wskazywanego przez Przystępującego doświadczenia dot. dostawy zrealizowanej przez SSI SCHAFER sp. z o.o. na rzecz EKOWOD:

- a)Nie jest prawidłowe stanowisko Odwołującego o wadliwość referencji z powodu ich podpisania niezgodnie z reprezentacją – z przyczyn opisanych powyżej ad. I pkt 2 lit. a). Zaznaczyć przy tym należy, że wedle informacji ze strony internetowej EKOWOD, p. M.R. (który podpisał referencje) jest pracownikiem spółki (obecnie jako Kierownik Działu Komunalnego - <https://ekowod.eu/dzial-komunalny/>).
- b)nie jest prawidłowe również stanowisko Odwołującego dot. zastrzeżeń co do „prawdziwości” referencji i realizacji przez SSI SCHAFER sp. z o.o. przedmiotowego zadania - referencje jako dokument wystawiony przez określoną instytucję w zakresie swojej działalności, korzystają z domniemania prawdziwości zapisanych w nich stwierdzeń, do czasu, dopóki te twierdzenia nie zostaną obalone przy pomocy innego dowodu lub dokumentu (np. wyrok KIO z dnia 12.10.2010 r., KIO 2108/10, licznie powoływany również w późniejszym orzecznictwie). Odwołujący formułuje natomiast swój zarzut wyłącznie w oparciu o własne nieskonkretyzowane domysły i nie przedstawił żadnego konkretnego dowodu, który podważyłby prawdziwość oświadczeń zawartych w dokumencie referencji.
- c)nie jest również prawidłowy zarzut dot. braku wskazania ilości pojemników objętych dostawą – ilość ta wynika bowiem jednoznacznie z treści Wykazu dostaw (Załącznik nr 7 do SWZ) SSI SCHAFER sp. z o.o., w którym wskazano, że przedmiotem dostawy było 6.000 szt. pojemników. Zaznaczyć należy natomiast, że referencja nie musi zawierać wszystkich elementów określonych warunkiem udziału w danym postępowaniu, a jest ona wyłącznie dowodem na potwierdzenie, że dana dostawa opisana w Wykazie została wykonana należycie. Z tego względu, Wykaz dostaw i referencje trzeba czytać łącznie.
- d)w świetle powyższych okoliczności, a także mając na uwadze samodzielne wykazanie przez Przystępującego spełniania przezeń warunków udziału w Postępowaniu, brak było podstaw dla zakwestionowania przedmiotowych referencji przez Zamawiającego.”

Odnosnie do zarzutu dotyczącego zaniechania wezwania Wykonawcy do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych, przedstawienia zobowiązania innego podmiotu udostępniającego zasoby lub wykazania, iż wykonawca samodzielnie spełnia warunki Zamawiający wskazał:

„1.Jak wskazano już powyżej, Przystępujący samodzielnie wykazał spełnianie warunków udziału w Postępowaniu. Stosownie zaś do art. 122 Pzp (który w treści zarzut powołał Odwołujący): Jeżeli zdolności techniczne lub zawodowe, sytuacja ekonomiczna lub finansowa podmiotu udostępniającego zasoby nie potwierdzają spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub zachodzą wobec tego podmiotu podstawy wykluczenia, zamawiający żąda, aby wykonawca w terminie określonym przez zamawiającego zastąpił ten podmiot innym podmiotem lub podmiotami albo wykazał, że samodzielnie spełnia warunki udziału w postępowaniu. Skoro zatem Przystępujący już skutecznie wykazał takie samodzielne spełnianie warunków udziału, brak jest podstaw dla zastosowania tego przepisu. Wszelkie zatem ewentualne nawet zastrzeżenia Odwołującego odnoszące się do zobowiązania SSI SCHAFER sp. z o.o. do udostępnienia zasobów na rzecz Przystępującego należy uznać (niezależnie od ich merytorycznej niezasadności) za bezzasadne i pozbawione wpływu na wynik Postępowania.

2.Zaznaczyć należy nadto, że w orzecznictwie KIO wskazuje się, że współpraca z podmiotem trzecim może przyjąć formę doradztwa, konsultacji itp. (np. wyrok KIO z 06.06.2013 r., KIO 1201/13) – w niniejszym przypadku w zobowiązaniu SSI SCHAFER sp. z o.o. wskazano, że sposób i okres udostępnienia zasobów obejmuje „wiedzę i doświadczenie”, a zatem oświadczenie to potwierdza dzielenie się z Przystępującym przez podmiot udzielający mu zasoby, takimi informacjami i doświadczeniami w zakresie realizacji zamówień analogicznych jak objęte Postępowaniem, co tym samym wypełnia wymóg realności użyczenia zasobów, zwłaszcza mając na uwadze, że zgodnie z art. 118 ust. 4 Pzp udział w realizacji zamówienia przez podmiot udostępniający zasoby dotyczy tylko zamówień na roboty budowlane i usługi oraz mając na uwadze spójne z tym oświadczenie Przystępującego z oświadczenia sporządzonego wg Załącznika nr 3 do SWZ.

3.W świetle powyższych okoliczności, przedmiotowy zarzut nie zasługuje na uwzględnienie.”

W odniesieniu do zarzutu dotyczącego zaniechania wezwania wykonawcy do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych w odniesieniu do SSI SCHAFER sp. z o.o. co do zaświadczenia o niekaralności członków zarządu tej spółki Zamawiający stwierdził:

„1.Jak wskazano powyżej, Przystępujący wykazał samodzielne spełnianie warunku udziału w Postępowaniu dotyczące zdolności technicznej lub zawodowej, określone w SWZ. W przedmiotowym zakresie Zamawiający w pełni powołuje

się zwłaszcza na okoliczności już opisane szczegółowo ad. II pkt 1.

2. Należy wskazać nadto, że stosownie do art. 128 Pzp, jedynie w sytuacji, gdy złożone przez wykonawcę podmiotowe środki dowodowe budzą wątpliwości Zamawiającego, zawierają błędy lub są niekompletne, może on wezwać wykonawcę do ich złożenia, poprawienia, uzupełnienia czy wyjaśnień w przedmiotowym zakresie. W sytuacji natomiast, gdy informacje lub dokumenty są wystarczające dla stwierdzenia, że wykonawca samodzielnie spełnia warunki udziału w Postępowaniu, Zamawiający nie jest obowiązany do wzywania wykonawcy do takich uzupełnień, poprawek czy wyjaśnień. Stosownie zaś do art. 122 Pzp: Jeżeli zdolności techniczne lub zawodowe, sytuacja ekonomiczna lub finansowa podmiotu udostępniającego zasoby nie potwierdzają spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub zachodzą wobec tego podmiotu podstawy wykluczenia, zamawiający żąda, aby wykonawca w terminie określonym przez zamawiającego zastąpił ten podmiot innym podmiotem lub podmiotami albo wykazał, że samodzielnie spełnia warunki udziału w postępowaniu.

3. Tak też było w niniejszej sytuacji, gdzie nie zaszła konieczność do wezwania wykonawcy do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych co do zaświadczenia o niekaralności członków zarządu SSI SCHAFER sp. z o.o. w sytuacji, gdy Przystępujący wykazał samodzielne spełnianie warunku udziału w Postępowaniu."

Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania, przekazanej przez Zamawiającego oraz ww. załączone do odwołań, a także złożone na rozprawie przez Odwołującego wydruki dotyczące cen pojemników na odpady oraz złożone przez Przystępującego dowody w postaci potwierdzenia odbioru pojemników z 25 stycznia 2023 r. oraz faktury nr FS230127.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając odwołanie, uwzględniając dokumentację postępowania oraz stanowiska zaprezentowane w sprawie, a także zgromadzone dowody, ustaliła i zważyła co następuje:

Odwołanie nie zawiera braków formalnych. Wpis w prawidłowej wysokości został wniesiony w ustawowym terminie. Nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, o których mowa w art. 528 Pzp.

W ocenie Izby Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do skorzystania w przedmiotowym postępowaniu ze środków ochrony prawnej stosownie do przepisu art. 505 ust. 1 Pzp.

Z zachowaniem wymogów ustawowych wykonawca SSI SCHÄFER Plastics Poland Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością (dalej: „Przystępujący”) zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego stając się jego uczestnikiem. Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania i przedstawił swoje stanowisko odnośnie postawionych w nim zarzutów.

Izba ustaliła, co następuje:

Przedmiot zamówienia obejmuje dostawę fabrycznie nowych pojemników na odpady komunalne. Przedmiotem postępowania w ramach Części II jest dostawa kompletnych fabrycznie nowych pojemników na odpady komunalne o pojemności 240 litrów w ilości 4479 sztuk, o parametrach wskazanych w Rozdziale 4 SWZ (Opis przedmiotu zamówienia).

W przedstawionym powyżej odwołaniu zostały prawidłowo przedstawione postanowienia SWZ, w związku z tym ich ponowne przywołanie nie jest konieczne.

W wykazie dostaw zrealizowanych przez SSI SCHAFER PLASTICS POLAND sp. z o.o. zostało złożone oświadczenie o wykonaniu dostaw:

Lp	Przedmiot dostawy	Wartość	Data wykonania	Podmioty, na rzecz których dostawy zostały wykonane
1	120L; 240L	929.511,00 PLN	XI.2022-I.2023	Remondis Sp. z o.o. Ul. Zawodzie 18 02-981 Warszawa
2	120L; 240L; 360L; 1100L	589.428,30 PLN	IX.2022-III.2023	MPGK Sp. z o.o. Ul. Obroki 140 40-833 Katowice

Złożone przez Wykonawcę referencje z 9 marca 2023 r. wystawione przez Remondis Sp. z o.o. zawierają oświadczenie:

Niniejszym zaświadczamy, że firma SSI Schäfer Plastics Poland Sp. z o.o. wykonała dla Grupy Remondis, w okresie od

listopada 2022r do stycznia 2023r, dostawy pojemników na odpady komunalne typu 120L w ilości 4.200 sztuk oraz 240L w ilości 2.850 sztuk.

Potwierdzamy, że dostawy zostały wykonane należyście.

Złożone przez Wykonawcę referencje z 6 kwietnia 2023 r. wystawione przez MPGK sp. z o.o. zawierają oświadczenie:

Niniejszym zaświadczamy, że firma SSI Schéfer Plastics Poland Sp. z o.o. wykonała dla MPGK Katowice Sp. z o.o. w okresie od listopad 2022r do marzec 2023r dostawy pojemników na odpady komunalne typu 120L, 240L, 360L i 1 1 OOL na wartość łączną 589.428,30 PLN brutto

Potwierdzamy, że dostawy zostały wykonane należyście.

W wykazie dostaw zrealizowanych przez SSI SCHAFFER sp. z o.o. zostało złożone oświadczenie o wykonaniu dostaw:

Lp	Przedmiot dostawy	Wartość	Data wykonania	Podmioty, na rzecz których dostawy zostały wykonane
1	240L-6000 szt	726.930,00 PLN	Marzec 2021	ZWiUK Ekowod Sp. z o.o. Ul. Mariańska 2 46-100 Namysłów

Złożone przez Wykonawcę referencje z 18 czerwca 2021 r. wystawione przez ZWiUK Ekowod Sp. z o.o. zawierają oświadczenie:

Niniejszym zaświadczamy, że firma SSI Schäfer Sp. z o.o. wykonała w okresie marzec 2021 dostawy pojemników na odpady komunalne typu GMT 240L. Łączną wartość dostaw wyniosła brutto 726.930,00 PLN.

Potwierdzamy, że dostawy były wykonane z należytą starannością i bez opóźnień.

Jednocześnie potwierdzamy wysoką jakość i wytrzymałość ww pojemników.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Ad zarzut naruszenia art. 239 ust. 1 oraz art. 226 ust. 1 pkt 2b) ustawy Pzp poprzez błędną ocenę oferty Wykonawcy oraz zaniechanie jej odrzucenia

Stosownie do art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) ustawy Pzp: *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu*

W sprawie jest bezsporne, iż Zamawiający wymagał od wykonawcy wykazania co najmniej jednej dostawy pojemników na odpady w ilości minimum 1000 sztuk.

Spór dotyczy tego czy Wykonawca wykazał spełnienie tego warunku udziału w postępowaniu.

W ocenie Odwołującego Wykonawca nie wykazał spełnienia ww. warunku udziału w postępowaniu z uwagi na to, że złożony przez niego wykaz dostaw wraz z dokumentami potwierdzającymi ich należyte wykonanie nie potwierdza wykonania co najmniej jednej dostawy wymaganej liczby pojemników, jak też nie potwierdza tego wykaz dostaw wraz z dokumentem potwierdzającym należyte wykonanie wskazanej w nim dostawy dotyczący podmiotu, na zasoby którego Wykonawca się powołuje.

Zdaniem Zamawiającego natomiast Wykonawca samodzielnie wykazał spełnienie warunku udziału w postępowaniu. W związku z tym nie wystąpiła podstawa do odrzucenia jego oferty.

W ocenie Izby stanowisko Zamawiającego znajduje potwierdzenie w zgromadzonym materiale dowodowym.

W pierwszej kolejności zauważenia wymaga, że wbrew sugestiom Odwołującego określenie ww. warunku udziału w postępowaniu nie zawiera wskazania, że dostawa co do wskazanej liczby min 1000 sztuk pojemników na odpady miała być wykonana jednorazowo. Zamawiający nie określił w SWZ definicji pojęcia dostawa, zatem termin ten użyty w pkt 12 SWZ należy rozumieć zgodnie z definicją zawartą art. 7 pkt 4 ustawy Pzp, tj. *jako nabywanie produktów, którymi są rzeczy ruchome, energia, woda oraz prawa majątkowe, jeżeli mogą być przedmiotem obrotu, w szczególności na podstawie umowy sprzedaży, dostawy, najmu, dzierżawy oraz leasingu z opcją lub bez opcji zakupu, które może obejmować dodatkowo rozmieszczenie lub instalację.* Nadto Zamawiający nie wymagał, aby odbiorcą wskazanych w

wykazie dostaw był podmiot, na potrzeby którego miałyby być zamawiane pojemniki i przez którego miałyby być wykorzystane. Tym samym wbrew sugestiom Odwołującego warunek nie został zawężony. Nie został bowiem przewidziane zastrzeżenie, aby wskazany w wykazie dostaw podmiot jako ten na rzecz którego dostawa została zrealizowana, nie mógł działać także w imieniu innych podmiotów, zabezpieczając ich potrzeby.

Zgodzić się należy z Zamawiającym, że wykaz dostaw złożony przez Wykonawcę potwierdza, że samodzielnie spełnia on postawiony warunek udziału w postępowaniu dotyczący doświadczenia.

Analiza wykazu dostaw zrealizowanych przez Wykonawcę oraz dokumentów potwierdzających ich należyte wykonanie, które należy czytać łącznie, potwierdza, że już dostawa zrealizowana na rzecz Remondis sp. z o.o. to potwierdza.

Sam Odwołujący wskazał, iż z treści referencji wystawionych przez Remondis sp. z o.o. wynika, że Wykonawca zrealizował dostawy pojemników na odpady komunalne typu 120L w ilości 4.200 sztuk oraz 240L w ilości 2.850 sztuk. Tym samym z dokumentów tych wynika potwierdzenie spełnienia przez Wykonawcę warunku udziału w postępowaniu. W wykazie jako podmiot, na rzecz którego dostawy zostały wykonane została wskazana Remondis sp. z o.o. i to ta spółka wystawiła dokument potwierdzający należyte wykonanie dostaw. Dokumenty te są spójne i wynika z nich wymagana w SWZ liczba dostarczonych przez Wykonawcę pojemników. To, że dostawy były przeznaczone dla Grupy Remondis tego nie zmienia. Jak wyżej wskazano warunek udziału w postępowaniu nie został w tym zakresie zawężony. Nie ma przy tym sporu co do tego, że Remondis sp. z o.o. działa w ramach Grupy Remondis. W związku z tym zgodzić się należy z Zamawiającym nie stanowi problemu okoliczność, że poświadcza ona wykonanie dostaw na rzecz tej grupy.

W związku z tym za zasadną należy uznać dokonaną przez Zamawiającego ocenę złożonych przez Przystępującego podmiotowych środków dowodowych i brak stwierdzenia podstaw do uznania, że Wykonawca ten nie spełnia warunków udziału w postępowaniu.

Tym bardziej, że jak słusznie zauważył Zamawiający również dostawy zrealizowane na rzecz MPGK sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach potwierdzają spełnienie warunku udziału w postępowaniu.

Wbrew stanowisku dokument potwierdzający należyte wykonanie dostaw nie jest oświadczeniem woli, lecz oświadczeniem wiedzy, a zatem fakt, iż został podpisany przez jednego członka zarządu spółki, nie może go dyskwalifikować.

Nadto wykaz i referencje są spójne i jak zauważył Zamawiający zawierają informacje pozwalające na ustalenie liczby dostarczonych pojemników, zważywszy nawet na ogólnodostępne ceny.

Zwraca przy tym uwagę, że dowód złożony przez Odwołującego w postaci wydruku ze strony internetowej dotyczy cen jedynie pojemników o pojemności 1100L, nadto przewiduje dużą rozpiętość cen, a Odwołujący nie wykazał, że były dostarczone pojemniki o najwyższych ogólnodostępnych cenach, nadto, że wbrew treści złożonych przez Wykonawcę dokumentów, były to wyłącznie pojemniki o wskazanej w wydruku pojemności. Tymczasem z wykazu dostaw i referencji wynika, że dostawy dotyczyły pojemników typu 120L, 240L, 360L i 1100L.

W ocenie Izby nawet gdyby uznać, że wyliczenia Zamawiającego mogą być jedynie przybliżone i w związku z tym mogłyby być obarczone błędem, to zważywszy na to, że już dostawy zrealizowane na rzecz Remondis sp. z o.o. potwierdzają spełnienie warunku udziału w postępowaniu, występowanie do Wykonawcy o wyjaśnienia bądź uzupełnienie dokumentu jest niecelowe. Wykonawca wykazał bowiem spełnienie warunku udziału w postępowaniu.

Tym samym za nietrafiony należy uznać zarzut naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) ustawy Pzp.

Za niezassany należy także uznać zarzut naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 239 ust. 1 ustawy Pzp, zgodnie z którym: *Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia*

Odwołujący nie podniósł i nie wykazał, aby dokonany przez Zamawiającego wybór najkorzystniejszej oferty nastąpił niezgodnie z kryteriami określonymi w dokumentach zamówienia. Jak powyżej stwierdzono, nie wykazał też, aby istniała podstawa odrzucenia oferty złożonej przez Wykonawcę.

Przechodząc do kolejnych zarzutów odwołania dotyczących podmiotu udostępniającego zasoby na wstępie wskazania wymaga, że jak zauważył Odwołujący w odwołaniu, w punkcie 13 SWZ Zamawiający wskazał, iż: *W przypadku polegania przez wykonawcę w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu na zdolnościach technicznych lub zawodowych podmiotów udostępniających zasoby, wykonawca składa wraz z ofertą zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji danego*

zamówienia lub inny podmiotowy środek dowodowy potwierdzający, że wykonawca realizując zamówienie, będzie dysponował niezbędnymi zasobami tych podmiotów.

Wykonawca, w przypadku polegania na zdolnościach technicznych lub zawodowych podmiotów udostępniających zasoby przedstawia wraz z własnym oświadczeniem o niepodleganiu wykluczeniu i spełnianiu warunków udziału w postępowaniu (JEDZ oraz załącznik nr 3 SWZ) także oświadczenie podmiotu udostępniającego zasoby potwierdzające brak podstaw wykluczenia tego podmiotu oraz odpowiednio spełnianie warunków udziału w postępowaniu w zakresie w jakim wykonawca powołuje się na jego zasoby – JEDZ oraz załącznik nr 4 SWZ”.

W związku z tym dla rozstrzygnięcia zarzutów nr 2 i 3 odwołania znaczenie ma odpowiedź na pytanie czy w analizowanym postępowaniu Wykonawca w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu polega na zdolnościach technicznych lub zawodowych podmiotów udostępniających zasoby.

Jak zostało stwierdzone w odniesieniu do zarzutu nr 1 Wykonawca samodzielnie spełnia warunek udziału w postępowaniu. W związku z tym odpowiedź na ww. pytanie jest przecząca.

W konsekwencji zastrzeżenia zgłoszone przez Odwołującego dotyczące dokumentów dotyczących podmiotu trzeciego jako nadmiarowych w stosunku do potrzeb weryfikacji spełnienia przez Wykonawcę ww. warunku udziału w postępowaniu, niezależnie od oceny ich zasadności, pozostają bez wpływu na wynik postępowania.

Niezależnie od powyższego należy w szczególności stwierdzić:

Ad zarzut naruszenia art. 118 ust. 4 w zw. z art. 128 ust. 1 i art. 122 ustawy Pzp poprzez ich niezastosowanie z uwagi na zaniechaniem wezwania Wykonawcy do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych

Według Odwołującego naruszenie ww. przepisów nastąpiło przede wszystkim z uwagi na brak zapewnienia udziału w postępowaniu podmiotu udostępniającego zasoby jak też na to, że podmiot ten w inny sposób nie udostępnił zasobów.

Jak natomiast wynika z przepisu art. 118 ust. 4 ustawy Pzp udział podmiotu udostępniającego zasoby w realizacji zamówienia jest wymagany tylko w przypadku zamówień na roboty budowlane i usługi, natomiast przedmiotowe postępowanie dotyczy dostaw. W związku z tym udział podmiotu udostępniającego zasoby w analizowanym postępowaniu nie jest konieczny.

Stosownie do art. 128 ust. 1 ustawy Pzp: *Jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu lub są one niekompletne lub zawierają błędy, zamawiający wzywa wykonawcę odpowiednio do ich złożenia, poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie, chyba że:*

- 1) wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo oferta wykonawcy podlegają odrzuceniu bez względu na ich złożenie, uzupełnienie lub poprawienie lub*
- 2) zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania.*

Z kolei przepis art. 122 ustawy Pzp, stanowi: *Jeżeli zdolności techniczne lub zawodowe, sytuacja ekonomiczna lub finansowa podmiotu udostępniającego zasoby nie potwierdzają spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub zachodzą wobec tego podmiotu podstawy wykluczenia, zamawiający żąda, aby wykonawca w terminie określonym przez zamawiającego zastąpił ten podmiot innym podmiotem lub podmiotami albo wykazał, że samodzielnie spełnia warunki udziału w postępowaniu.*

Jak powyżej wskazano Wykonawca samodzielnie spełnia warunek udziału w postępowaniu w zakresie wykazania, że w okresie ostatnich 3 lat wykonał co najmniej jedną dostawę pojemników na odpady w ilości co najmniej 1000 sztuk. W związku z tym cel postawienia tego warunku, tj. wykazania się przez wykonawcę doświadczeniem pozwalającym na uznanie, że będzie w stanie wykonać przedmiotowe zamówienie został osiągnięty.

Skoro Wykonawca samodzielnie spełnia warunki udziału w postępowaniu to dokumenty dotyczące podmiotu trzeciego są nadmiarowe i w związku z tym nie występuje uzasadnienie dla wzywania Wykonawcy do ich uzupełnienia. Skoro bowiem w myśl art. 122 ustawy Pzp Wykonawca mógłby zastąpić wskazany wcześniej podmiot innym podmiotem albo wykazać, że samodzielnie spełnia warunek udziału w postępowaniu, to okoliczność, iż już wykazał samodzielne spełnienie tego warunku, skutkuje niecelowością podejmowania czynności w stosunku do dokumentów dotyczących podmiotu trzeciego.

Tym samym zarzut ten jest nieuzasadniony.

Ad zarzut naruszenia art. 128 ust. 1 w zw. z art. 108 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechaniem wezwania Wykonawcy do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych w odniesieniu do podmiotu udostępniającego zasoby

Z ww. przepisu art. 128 ustawy Pzp wynika, że wezwanie do uzupełnienia dokumentów podmiotowych następuje, gdy złożone przez wykonawcę podmiotowe środki dowodowe budzą wątpliwości Zamawiającego, zawierają błędy lub są niekompletne. W związku z tym sytuacji, gdy złożone w postępowaniu podmiotowe środki dowodowe są wystarczające dla stwierdzenia, że Wykonawca samodzielnie spełnia warunki udziału w postępowaniu, to pozostałe złożone przez tego Wykonawcę dokumenty są zbędne dla osiągnięcia celu, jakiemu służyło postawienie warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia. W związku z tym ich ewentualne uzupełnienie niczem by nie służyło, zwłaszcza w świetle powyżej przywołanego przepisu art. 122 ustawy Pzp. Tym bardziej, że jak sam wskazał Odwołujący, czyniąc z tego nietrafiony zarzut, podmiot trzeci nie będzie brał udziału w realizacji zamówienia.

W okolicznościach analizowanej sprawy Wykonawca wykazał, że samodzielnie spełnia ww. warunek udziału w postępowaniu. W związku z tym zastrzeżenia odnoszące się do zobowiązania podmiotu udostępniającego zasoby pozostają bez wpływu na wynik postępowania. Dotyczy to także uzupełnienia dokumentów dotyczących niekaralności członków zarządu pozostaje bez wpływu na wynik postępowania.

Zgodnie z przepisem art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, *Izba uwzględnia odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców.* W analizowanej sprawie nie stwierdzono naruszenia przepisów Pzp, które mogło mieć wpływ na wynik postępowania, co musiało skutkować oddaleniem odwołania.

Mając powyższe na uwadze, na podstawie art. 553 zdanie pierwsze Pzp, orzeczono jak w pkt 1 sentencji.

Zgodnie z art. 557 Pzp, *w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego.* Izba oddaliła odwołanie. W związku z tym odpowiedzialność za wynik postępowania ponosi Odwołujący.

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 557 i art. 575 Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 i 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący: